

会社法の問題点と改正要綱

—コピー立法は現代化なのか？—

そして、会社法の問題点は改善されるのか？—

中京大学法科大学院 教授

池 野 千 白

I はじめに

法制審議会で進められてきた会社法改正作業に一区切りつき、会社法改正要綱として、法務大臣に答申された。

本稿では、この会社法改正要綱の内容に、会社法の問題点の改善がどの程度盛り込まれ、それは改善としての効果があるものなのかを検証したい。そして、その作業の前提として、まず、現行会社法の問題点を整理したい。その上で、そこで整理された問題点に対して、会社法改正要綱は、どのような答えを用意しているのかを検討する。

II 会社法の問題点

1 商法から会社法へ

旧商法第2編を切り取って、新たに、会社法として独立させ、単行法とした。もちろん、単に切り取っただけの話ではなく、全く、その内容も変更された。

この会社法を前にして、ある著名な会社法研究者が嘆いた。「私は、もう、会社法の体系書は書かない。なぜなら、会社法には体系がないからである。」⁽¹⁾と。確かに、体系がないものについて、体系書を書くことは不可能である。

しかし、確かに体系がないように感じられる会社法にも、その作成の基本的なルールはあるはずである。担当官であった元民事局参事官の言葉によれば、最も象徴的な言葉が、「現代化」⁽²⁾である。そして、「現代化」の最も端的な内容が「現代語化」、すなわち、その最も具体的な姿が、「ひらがな化」⁽³⁾である。

まあ、現代社会が混沌とした社会なのであれば、会社法も混沌とするのも、また、現代化であるのかもしれないが。しかし、単なる「ひらがな化」と「現代語化」とは、明らかに違う。「現代語化」と目された作業において、きわめて困難な問題として存在するのが、それで文意が変わってしまわないかという問題である。改正の意図がないのに、である。

2 「ひらがな化」または「現代語化」の落とし穴

「ひらがな化」、または、「現代語化」によって、文意が変わってしまったものがある。しかし、立法担当者は、改正したという意図はないのであろう。

会社法16条に、代理商に関する条文がある。その「かっこ書」で、代理商の定義がなされている。この「かっこ書」による定義は、会社法上、多数散見されるが、その問題点は、後に検討するとして、とりあえずは、会社法16条かっこ書の文意を考えてみよう。「会社のためにその平常の事業の部類に属する取引の代理又は媒介をする者で、その会社の使用人でない者をいう。」となっている。商法27条かっこ書にも、同様な文章がある。

それでは、改正前の条文の姿を確認するために、旧商法は、いかなる文章であったのかを見てみよう。旧商法46条は、「代理商トハ使用人ニ非ズシテ一定ノ商人ノ為ニ平常其ノ営業ノ部類ニ属スル取引ノ代理又ハ媒介ヲ為ス者ヲ謂フ」と、規定していた。これに対して、会社法における「その平常の」の「の」は、いったいどこにかかるのか。旧商法の「平常」は、明らかに副詞的意味合いであり、「代理又は媒介を為す」にかかることは明白である。会社法の「その平常の」は形容的使用であり、事業にかかってしまうのか。なぞである。このひらがな化を担当した者の日本語感覚はいったいいかなるものなのかと、ため息が出てしまう。「の」が二つ連続する語用に、違和感を覚えないのが、現代語なのかかもしれないが。そうであるとしたら、これはまさしく現代語化である。

3 会社法という単行法の落とし穴

法典としての会社法の成立は、商法から会社法を独立させ、旧商法第2編に存在していた法源を、商法という法体系の外へ、取り出してしまったということになる。それは何を意味するのか。すなわち、それは、商人と商行為という二つの基本的概念と、それを関連づける営業という概念との新たな関係を作る必要が生まれるということの意味することになる。

そこで、会社法立法担当者が採用した方針は、会社法の「主語」を、「会社」として統一してしまうことである。もしかして、そこまでは、良かったかもしれない。そのため、まず、定義規定として、「会社」の定義を置いた（会社法2条1号）。もちろん、商法からの完全独立を目指した立法担当者の思考方法は、当然に、商行為概念との決別へと踏み込むことになる。したがって、会社の定義において、商行為概念は使えない、否、使わないということになる。基本的商行為である商法501条、502条は使わないということである。もしかしたら、ここまでは、良かったかもしれない。

会社法の「主語」を会社としたことで、商法の主語を考えなければならなくなった。すなわち、会社法との対立概念で、商法の主語を、完全な形で「商人」とするという方法を選択してしまった。おそらく立法担当者は、そのことに違和感さえ感じなかっただろう。

例えば、具体例を挙げよう。いわゆる名板貸の規定である。

会社法9条は、「自己の商号を使用して事業又は営業を行うことを他人に許諾した『会社』は」と規定している。これに対して、商法14条は、「自己の商号を使用して事業又は営業を行うことを他人に許諾した『商人』は」と、規定されている。『○○』の部分を除けば、全く同一である。私は、これをコピペ立法と呼んでいる。

会社法総則と、商法総則の多くの条文は、コピペ立法である。この多数のコピペ条文が生まれることになった主要な理由は、準用規定を置かないという立法方針の採用にある。もっとも、条文数を多くしないという立法方針の下では、商法総則の大部分を会社法の総則の条文で一気に準用すれば、会社法の条文はその分だけ少なくなることを考えても良かったはずである。しかし、立法担当者は、商法11条1項かっこ書をもって、会社法を商法から決別させている。

さて、話を戻そう。名板貸人の責任に関する旧商法23条は、「自己ノ氏、氏名又ハ商号ヲ使用シテ營業ヲ為スコトヲ他人ニ許諾シタル『者』ハ」と規定している。「主語」または「主体」は、会社にも、商人にも、限定されていないのである。会社法や商法においては、ある有名な最高裁判決である「東京地方裁判所厚生部事件」は、適用範囲外となる。なぜなら、商人でも、会社でもないからである。これは明らかに、内容変更の法改正ではないのか。⁽⁴⁾もちろん、類推適用により解決しますという答えが返ってきそうではあるが、類推適用という解釈論による解決は、会社法を作る目的の「解釈による多義性を排する」という方針に⁽⁵⁾明らかに反すると考えられる。

商法の方に、旧商法と同様の条文をひらがなで置いて、会社にも準用すれば、この問題は生じなかったと考えられる。商法12条と会社法8条も、完全なコピペ立法で、存在価値が疑われる。

4 コピペ立法の落とし穴

準用規定を排するという意義のコピペ立法の話は、さておいて、準用関係にない箇所での条文コピペとしてのコピペ立法の問題点、否、弊害の方が遙かに大問題である。具体的には、会計帳簿閲覧請求拒否事由の会社法433条2項各号と、株主名簿閲覧請求拒否事由の会社法125条3項各号との関係である。

旧商法223条2項は、「第三十三条ノ二第一項ノ規定ハ株主名簿ニ之ヲ準用ス」と規定するのみであった。そして、名簿業者や、総会屋等の濫用的株主名簿閲覧請求に対しては、最高裁は、一般条項である権利濫用の法理を用いて（民法1条3項）、⁽⁶⁾妥当な解決を見いだしていた。

しかし、企業法務的には、一般条項を用いた解決方法は、一定の明確な基準が示されない限り、実務的対応としては、法的安定性を確保できないことは明らかである。そこで、会社法立法担当者は、他の部分では、判例が確定的な考え方を示しているからと言って、改正を放棄しているのに対して、この部分については、拒否事由の明文化を考慮してしまった。しかも、その際に採用した内容は、会計帳簿閲覧請求の拒否事由という、全く異なる立法趣旨を有する内容を、コピペしてしまったのであった。

その際、最も問題となったのが、会社法125条3項3号の「請求者が当該株式会社の業務と実質的に競争関係にある事実を営み、又はこれに従事するものであるとき」⁽⁷⁾であった。この拒否事由は、他の拒否事由（会社法125条3項1号・2号・4号・5号）とは異なり、濫用的内容が全く含まれていないのである。あくまでも、競争関係という客観的な事業競合性のみが拒否事由となっているのである。

この結果、企業法務的には大混乱、大問題、大弊害をもたらすことになった。例えば、元々は、協力関係にある同業者が、そのために資本提携関係を有している場合に、その後、友好関係または

協力関係が破綻したことにより、経営方針上対立関係になった途端に、株主名簿の閲覧を拒否されるという事態が発生したのである。

下級審は、当初は、会社法433条2項3号と全く同一な法適用を採用し、ほとんどの事件で、拒否を認めてしまった。しかし、東京高裁は、この会社法立法担当者の「愚かさ」を懇切丁寧に正し、司法の創造的機能を最大限に用いる解釈論を展開した。⁽⁸⁾ 具体的には、会社法125条3項2号を、推定規定と解して、濫用目的がないことを反証することにより、拒否事由としては機能しない結果を作り出したのである。⁽⁹⁾

5 「かっこ書」定義の問題点

会社法は、本来一般法が決して採用しない「定義一覧規定」を置くという方針を採用した。そう、会社法の冒頭にある会社法2条各号である。この立法方針は、まさしく、一般法ではなく、特別法の立法方針である。例えば、独占禁止法2条や、金融商品取引法2条に、その例を見ることができるであろう。

そして、これらの特別法は、第1条に、その目的規定を置くが、さすがに、一般法的な性格を有する会社法や商法では、目的規定を置くことは不可能であったようである。その、ある意味での無意味な条文の姿は、会社法1条や商法1条1項に、その無残な姿を晒している。

まあ、この点はともかく、会社法2条各号には、明らかに無意味な定義規定が散見されることにも、空いた口がふさがらないが、それ以上に、個別条文における「かっこ書」を利用した定義規定の存在は、迷惑きわまりない。例えば、代表取締役の定義は、会社法47条1項第2かっこ書に置かれているが、本当に必要な定義規定であるのか、怪しい。とにかく、ある用語が最初に出てくる箇所があれば、その条文のかっこ書を使って、定義をするのである。その例として、会社法117条6項かっこ書の株券発行会社の定義規定も、然りである。

例えば、会社法107条2項2号ホかっこ書にある「株式等」の定義である。ここでは、「株式等」とは、「株式、社債及び新株予約権をいう。」と定義されている。そして、これを受けて、企業結合法規定の中で、極めて遠い箇所、この定義が繰り返し使われるのである。会社法全条文を通読するような者であればまだしも、会社法の条文を部分的にしか参照しないものにとっては、とても理解できない定義となる。

さらに最も滑稽な例が、会社法154条1項かっこ書である。その前提となるのが、会社法151条柱書のかっこ書の定義である。ここでは、「金銭等」とは、「金銭その他の財産いう。」と定義されている。そして、会社法154条1項は、「第一百五十一条の金銭等（金銭に限る。）を受領し」と規定している。「金銭等」と規定して、「（金銭に限る。）」という訳のわからない日本語は、どのようにして生まれたのだろうか。なぜなら、会社法151条各号で交付されるものは、それぞれで規定されているのであるから、こんなところで、「金銭等」という無為な定義規定を作る必要はないのであり、また、それを作ってしまったが故に、「（金銭に限る。）」という笑い話としか言いようのない「かっこ書」限定をつける始末になってしまったのである。これが、今回の会社法の日本語のレベルであり、このレベルの酷さについては、すでに、会社法16条かっこ書、商法27条かっこ書について、説明した通

りである。

話を戻すと、この「金銭等」の定義は、さらに例えば、持分会社の有限責任社員の出資の目的に関する規定である会社法576条1項6号かっこ書へと、遠く、繋がっている。旧商法150条は、「有限責任社員ハ金銭其ノ他ノ財産ノミヲ以テ其ノ出資ノ目的ト為スコトヲ得」と独立条文で規定しており、分かりやすい。しかも、きちんと、「金銭その他の財産」と規定して、「金銭等」という不思議な用語を用いたりしていない。

持分会社の会社法576条1項6号を見たものが、株式会社に関する会社法151条柱書かっこ書の定義へ、どのようにしてたどり着けるというのか、パソコンデータで、用語を検索しろ！とでも、言うのであろうか。

持分会社については、持分会社という用語自体の問題もあるが、持分会社に民法規定の準用を排してしまっただけで、また、問題を作り出している。旧商法68条は、合名会社について、「会社ノ内部ノ関係ニ付テハ定款又ハ本法ニ別段ノ定ナキトキハ組合ニ関スル民法ノ規定ヲ準用ス」と規定していた。このことから、民法667条2項は、当然に、合名会社に準用ができた。そして、その前提があるから、合資会社の有限責任社員に関する旧商法150条の存在意義があった。

会社法では、576条1項4号かっこ書反対解釈から、無限責任社員の出資の目的に、労務出資を認めるということになるのであろうか。極めて、不明瞭である。

6 不思議な定義

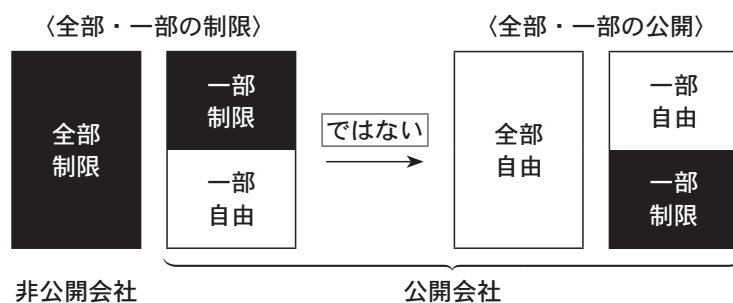
会社法2条9号には、監査役設置会社という定義がある。しかし、この定義規定のかっこ書には、「その監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定款の定めがあるものを除く。」と、適用除外が定められている。つまり、監査役がいても、監査役設置会社ではないのである。この用語法で、混乱する者が現れるのは当然である。しかも、会社法436条1項かっこ書の監査役設置会社の定義には、「監査役の監査の範囲を会計に関するものに限定する旨の定款の定めがある株式会社を含み、」と規定され、ここで再び、適用除外されたものを、適用に含めるのである。このような用法を用いるのであれば、そもそも監査役設置会社という定義の存在自体が危ういといしか言いようがない。

そして、最も不思議な定義と言えるのは、会社法2条5号の「公開会社」の定義である。同条号は、「その発行する全部又は一部の株式の内容として譲渡による当該株式の取得について株式会社の承認を要する旨の定款の定めを設けていない株式会社をいう。」と規定する。この定義規定を読んで、多くの者は、公開会社とは、すべての株式が譲渡制限株式ではない会社であると理解するだろう。そして、そう、理解するものが当然である。

しかし、立法担当者が、この定義規定に込めた意味は異なる。公開会社の反対概念として措定される「非公開会社」は、そのすべての株式が譲渡制限株式である会社と位置づけられることから、さらに、その反対解釈として、公開会社は、すべての株式が譲渡制限株式ではない会社と一部の株式が譲渡制限でない、すなわち、一部の株式が譲渡制限株式である会社を含んだ概念として、定義したと、立法担当者は説明するのである。この説明を聞いた多くの者は、そんな日本語はあり得な

い、可笑しいと感じるであろう。そして、それは、正しい感覚である。

立法担当者の意図を図示すれば以下の通りである。



形式論理的な「反対」・「逆」・「対偶」という否定概念をどのように採用するのかについては、通常の「反対」概念を用いるべきであり、このような誤解しか生み出さない定義を用いるべきではない。

さらに、会社法2条各号の定義規定の問題点として、「種類株式発行会社」の定義がある（会社法2条13号）。定款の相対的記載事項に関わる他の定義規定では、「～の旨を規定する」という文言様式を採用しているのに対して、ここでは、「発行する」と文言様式を採用しており、しかも、その説明として、立法者担当者は、「発行してなくていい」と述べ、単に定款に種類株式に関する規定があれば良いと言うのである。そうであるならば、「～と規定する旨」の文言様式を採用すればいいだけのことであり、殊更に「発行する」という文言様式を採用しておきながら、定款規定があるだけでよいとするのは、何をか言わんや、である。

7 分かり難さの根源

公開会社の定義に見られるような分かり難い、否、常識的理解を逸脱している概念に加えて、もう一つ分かり難さを作り出している大きな要素がある。それは、同一に整理してはいけないものを同一に整理したということにある。

その典型例は、募集株式発行における引受人の責任の規定である。会社法211条は、その表題部を「不公正な払込金額で株式を引き受けた者『等』の責任」とする。しかし、「不公正な払込金額で株式を引き受けた者の責任」の規定は、会社法211条1項1号のみである。しかも、『等』に該当する「出資された財産等の価額が不足する場合」の「引受人」の責任について、会社法211条1項2号と2項とで規定しているのである。

さらには、その次の条文である会社法212条では、「出資された財産等の価額が不足する場合の『取締役等』の責任」の規定が置かれているのである。責任論の法的性質から言えば、会社法211条1項2号と2項とは、会社法212条と共に、整理されるべき条文であり、その方が遙かに理解しやすい。単に、形式的責任主体を、引受人と取締役等に条文的に分けてしまったために、このような非常に分かり難い条文が誕生してしまったのである。

そして、そのコピペ立法である会社法285条と286条も、新株予約権について、全く同様の分かり

難さを作り出しているのである。また、現物配当に関する規定も、最も分かり難い条文構造の一つである（会社法454条4項～）。

8 募集設立の問題点

変態設立事項に関する検査手続については、旧商法では、発起設立と募集設立とで、異なったルールを採用していた。すなわち、会社法173条4項で、発起設立については、検査役の調査を経た後の手続として、「裁判所ハ検査役ノ報告ヲ聴キ第百六十八条第一項ニ掲グル事項ヲ不当ト認メタルトキハ之ニ変更ヲ加ヘテ各発起人ニ通告スルコトヲ得」と、裁判所による検査を手続を定めていた。これに対して、募集設立については、旧商法は、181条3項は、「第一項ノ検査役ノ報告及前項ニ於テ準用スル第百七十三条第二項第三号ノ証明ヲ記載又ハ記録シタル資料（前項ニ於テ準用スル同号ニ規定スル財産ガ不動産ナルトキハ同項ニ於テ準用スル同号ノ鑑定評価ヲ記載又ハ記録シタル資料ヲ含ム）ハ之ヲ創立総会ニ提出スルコトヲ要」として、裁判所ではなく、創立総会での社団自治的検査方法を採用していた。

しかし、会社法33条4項は、発起設立・募集設立の手続的区別を置くことなく、共通規定として、裁判所による検査手続を規定してしまった。しかも、その上に、募集設立の特則として、会社法87条2項において、検査役の調査報告書を創立総会に提出させ、創立総会での検査の対象ともしているのである。したがって、募集設立においては、裁判所の検査と、創立総会による検査が重複し、しかも、重複した内容に齟齬がある場合の解決方法も規定されていないのである。

この会社法による手続内容の変更については、その改正趣旨につき、立法担当者は、何も語っていないのである。このような改正とも評価できる条文が生まれしまった原因については、旧商法が、発起設立と募集設立の共通設立手続をまず起き、その上で、発起設立と募集設立との手続を明確に区別して規定しているのに対し、会社法では、発起設立手続をまるで設立総則手続的規定して置いているために、特則として置かれた募集設立手続との棲み分けが十分に検討されていないためである。⁽¹⁰⁾

したがって、旧商法のように、きちんと発起設立手続と募集設立手続とを区別して、棲み分けて規定するという立法方針を採用すべきであったと考えられる。⁽¹¹⁾ せっかく、発起設立と募集設立との無意味な定義規定（会社法25条1項各号）を置いた意味を、さらに無意味なものとしてしまっていると評することができよう。

9 過剰な資本充実の原則の放棄

会社法は、引受担保責任や支払担保責任といった資本充実の原則に関する責任規定を、原則的に放棄している。このような立法方針の功罪に対する評価は別として、唯一残された価格填補責任規定に関連して、やはり、問題点が生じている。

今回の会社法は、取締役の責任に関して、無過失責任を原則として排し、⁽¹²⁾ 過失責任主義を原則として措定している。そして、それ前提として、総株主の同意による免責を全般的に採用した。しかし、会社法52条1項の価格填補責任についても、会社法55条で、総株主の同意により免責を認めて

しまったのである。会社法53条1項の会社に対する損害賠償責任であるならばまだしも、資本充実責任の規定である、すなわち、会社債権者保護規定の責任規定である価格填補責任まで、免責の対象とすることは、理論的にはあり得ないことである。会社法においても、違法配当額の支払責任について、総株主の同意による免責を認めていないのであるから（会社法462条3項本文）、会社法55条が価格填補責任を、総株主の同意による免責の対象としたことは、明らかに理論的に破綻している。資本充実責任に対する立法担当者の過剰な蔑視のなす業としか考えられない。責任に関する法的性質を無視した同一化は、体系的破綻の典型である。

10 企業結合法制の問題点

会社分割制度の濫用的利用に対するプレーキ規定の不存在の問題については、すでに下級審において、詐害行為取消制権の適用を認める方向での解決策や、法人格否認の法理を用いての解決策が模索されている⁽¹⁴⁾。もちろん最高裁も、会社法22条1項の類推適用により、一つの解決策を示している⁽¹⁵⁾。そして、ついに、最高裁においても、会社分割について詐害行為取消権の適用を認めるに至った⁽¹⁶⁾。

規制緩和の名の下に、既存株主の権利や会社債権者の権利を不当に踏みにじり得る規定の内容は、早急に改正されるべき必要性があるが、立法担当者よりも、司法担当者の方が、より危機感をもって会社法の弊害を是正しようとする姿勢があるように感じられるのは、筆者だけであろうか。

とにかく、会社分割において、分割すべき事業内容の確定が恣意的に行われ、それを是正すべき規定が存在しない。このような会社分割制度は、組織法的企業結合法制の名に値しない。移転されるべき事業内容により確定される包括的内容が、恣意的に作られている。このような内容で、どこに組織法的に取り扱う必要があるというのか。

11 濫用的組織再編手法の問題点

全部取得条項付株式制度の創設においては、当初から、様々な危惧が述べられていたが、会社法の施行により、それが現実となった。全部取得条項付株式の問題だけでなく、株式併合のフリーパス化も、それと同様な問題を生じている。不当な株式分割と不当な株式併合とを繰り返す、いわゆる「錬金術」の横行も、証券取引所が警告を発する事態となっているし、株式併合、全部取得条項付株式、そして、締め出し企業結合の濫用性は目に余るがある。プレーキのないアクセルはどこまで暴走するのであろうか。

12 現行会社法の問題点の全体

ここまで、取り上げた問題点は、典型的な問題点である。理論的にも、実害的にも、多々問題は山積する。このような会社法に対して、いち早く検討を詳細に加えられたので稲葉威雄先生である。かつて商法改正の担当官であった先生にはあっては、会社法は何とも許せない内容なのではないのかと感じられる。そのご著書において、詳細な検討がなされているので、その他の問題については、それに譲りたい。

ただ一言、「このような不正義が横行しかねない法制を定める必要性がどこにあったのか、理解に苦しむ。」⁽¹⁸⁾ 全く、同感である。⁽¹⁹⁾

III 会社法改正要綱の検討⁽²⁰⁾⁽²¹⁾ その1 ―現行会社法の問題点の是正について―

1 問題点を解決してくれる改正要綱なのか？

前述のような問題意識をもって、会社法改正要綱の内容を概観したい。しかし、今回の改正作業は、会社法の問題点を是正するためだけでなく、会社法制定時には盛り込めなかった内容、すなわち、積み残し案件についての検討が中心のように感じられる。改正要綱全体の検討については、多くの見識者が検討を加えているので、詳細はそちらに譲り、筆者の問題意識との関係を中心に、検討したい。⁽²²⁾

会社法制部会における改正の当初の狙いは、簡潔に言えば、会社法制定時に積み残したものの、ならびに、会社法制定後の経過の中で明らかになってきた会社法の欠陥の是正であった。そのことにより、低迷する日本経済の立ち直りの一つの契機となることも求められていたかもしれない。その点では、経営の質の向上ということに会社法がどのように応えるか、ということでもあった。

そのために、会社法制部会の当初の審議の仕方は、各界からのヒアリングという形で進められた。したがって、法務省自体が、たたき台となるラフな案を示すことのない審議入りとなった。

さらに、政治状況の変化により、特定の政党の価値観を前提とする意見というものが鳴りを潜めた。また、東日本大震災により、政治家が会社法改正に対する関心が弱まっていった。

ところが、二つの大きな企業不祥事が発覚することにより、逆に、企業不祥事防止のための会社法改正こそが急務であるという政治色の強い発言が強まった。

改正要綱は、その内容として、3つの骨格から構成されている。第一部が、「企業統治の在り方」である。第二部が、親子会社に関する規律である。そして、第三部として、「その他」が置かれている。

第一部の小項目として、第1項として、取締役会の監督機能がある。具体的には、監督・監査委員会の創設と、社外役員の要件についての改正が含まれている。第2項では、会計監査人の選任・解任手続の改正が、第3項には、資金調達における企業統治の在り方として、支配株主の問題を中心に、新株発行のその他の改正点が含まれている。

第二部の小項目としては、第1項として、親会社株主の保護と題して、多重訴訟を中心として幾つかの改正点が含まれている。第2項では、いわゆるキャッシュアウトの濫用的問題に対する改正点が、第3項では、組織再編における株式買取制度の整備点を取り上げられ、第4項として、組織再編等の差止請求権の新設が取り上げられている。最後に、第5項で、会社分割等における債権者保護制度として、詐害的会社分割における責任規定の新設が盛り込まれている。

第三部では、第1項として、金商法違反株主の議決権行使差止制度が新設され、第2項として、株主名簿閲覧拒否事由の削除が盛り込まれた。さらに、第3項で、「その他」の「その他」として、技術的な個別改正項目が盛り込まれた。

本稿では、筆者の問題的意識の中心である「ダメ」会社法が改正されることになるのかどうかと

いう視点を中心にして、以下で検討していきたい。

2 株主名簿の閲覧の請求の拒絶事由問題について

さすがに、この問題については、立法担当者も是正の急務であるという認識を有したようであり、「その」の改正事項として取り上げられている⁽²³⁾。

具体的には、端的に、会社法125条3項3号と、会社法252条3項3号を削除すべきとしている。潔い改正方針であり、論を待たない⁽²⁴⁾。

3 濫用的組織再編について

この点については、まず、詐害的会社分割については、事実上、詐害行為取消権の行使を認めてきた下級審、さらには、最高裁の考え方を受け入れる形で、残存債権者は、承継会社に対して支払い請求ができるという考え方としてまとめられている⁽²⁵⁾。

さらに、要綱は、一步踏み込んで、「知られていない債権者」にも、保護の範囲を広げた⁽²⁶⁾。濫用的会社分割が横行している現状を鑑みるに、少しでも保護の範囲が広がることは、それが小さいものであっても、大きく歓迎したい。

もちろん、このような詐害行為取消権の事実上会社法化は、残存債権者保護に役立つことは確かであるが、組織法的な事業承継を認める制度である以上、そもそも、恣意的な事業内容の確定という根本的な問題点を是正する必要があると考えられる。

また、組織再編等についても、その濫用性については、委員の方々も十分に認識されてるようであり、差し止め請求権として、結実した⁽²⁷⁾。組織再編だけでなく、株式併合と全部取得条項付種類株式も対象とされていることに、大きな意義を感じる。もちろん、「法令・定款違反」という客観的要件にだけで限定したという物足りなさは、多くの識者が指摘するところである。

この種の問題点と関連して、株式併合により、端数となる反対株主の端数の買取請求権が認められたことも⁽²⁸⁾、大きな意義を有すると評価できよう。全部取得条項付き株式制度は、取得価格に付き、価格決定の申立ができるのに対して（会社法172条）、株式併合の端数については、公正な価格を保障される制度が全く存在しなかった。締め出し株式併合では、多くの株主が、すべて端数とされるのであり、その弊害は大きかった。

こうした要綱の考え方の、さらなる現れとして、株式交換により株主資格を失った株主の代表訴訟提起権の拡大も、評価できよう⁽²⁹⁾。同様なものとして、株主総会等の決議取消の訴えの原告適格の拡大も、評価できる⁽³⁰⁾。

4 仮装払込と募集株式発行の問題の改正

会社法では、資本制度の意義を極限まで矮小化し、資本維持の原則・資本不変の原則は別として、資本充実の原則については、価格填補責任のみを残して、ほぼ全廃とした。会社法制定担当者の言葉によれば、それは、会社法429条2項等で解決していただければよいとのことであった⁽³¹⁾。

しかし、見せ金の問題を、単に、公正証書原本等不実記載罪の問題だけとすればいいものではな

く、やはり、資本充実責任としての解決の必要性があったはずである。

要綱では、この問題も適切にとりあげ、資本充実責任を創設する案が示された。⁽³²⁾ もっとも、支払い責任を履行した後の問題については、明確な態度を示せないでいるが、事実上、有効説に道を開く制度となるはずである。

IV 会社法要綱の検討 その2 ―積み残し案件について―

1 企業統治の在り方と社外取締役の義務化の見送り

積み残し案件については、主要な二つのものを取り上げて検討することとする。まず、社外取締役の義務化のテーマを考える。

世界水準としての取締役会の整備ということが、有識者の委員の意識の中には強くあったように感じられる。⁽³³⁾ 第1点は、社外取締役の義務化であり、それを前提としての、社外役員要件の世界水準化であった。そして、それを誘導する甘味剤としての「監督・監査委員会」の創設であった。

会社法改正では、度々、社外取締役を採用するよう、企業側に促す改正を行ってきた。最初の誘因が、委員会等設置会社の創設である。そのときには、計算書類の取締役会承認での許容と、取締役の報酬の委員会決定の許容と、剰余金配当の取締役会決定、重要な業務執行の委任化という甘味剤を用いた。しかし、委員会設置会社の採用は伸びなかった。否、減少し始めている。

さらに、会社法では、特別取締役制度を創設し、監査役会設置会社でも、社外取締役を一人置けば、会社法362条4項1号・2号については、常務会での意思決定を承認するという甘味剤を振りかけた。しかし、特別取締役制度の採用は進んでいない。

改正法が望むことは、代表取締役の選任・解任権を有する機関の構成員として、社外性役員がいることであった。これが世界標準であり、世界の投資家の望むものであった。

そこで、委員会設置会社と同様の甘味剤付きの、さらに、プラスアルファの甘味剤付きの「監督・監査委員会」の創設により、社外取締役の採用に踏み切らせようとした。すべては、社外取締役を義務づけるという最終目標につながっている。

個別的に内容を見ていくと、①社外取締役過半数要件、②独立性の付与、③監査役s機能、④2年任期制の維持、⑤特定委員のみの調査権、⑥常勤委員の義務無し、⑦会社法416条4項の採用、⑧会社法423条3項の推定規定の不適用、⑨委員会における特別利害関係人制度が内容的に挙げられる。

さらに、付加的に見ていくと、もう一つのルールとして、監査役s扱いの取り込みを行う。したがって、選任・解任のルールは、監査役と同様で、総会決議となる。もちろん、解任は、特別決議である。しかし、権限的には、監査委員会と同一のルールを取り込む。

こうやって見ると、まさに複雑怪奇である。その一言に尽きる。

こうして、監督・監査委員会を盛り込ませたことの対価なのかどうかは不明であるが、社外取締役義務化は、見送りとなった。そこで、持ち出されたのが、『社外取締役を置くことが相当でない理由の開示』という、不思議な制度である。⁽³⁴⁾

社外取締役の義務化を見送ったこととの代わりに、有価証券報告書提出義務会社については、事

業報告記載事項として、不思議な新設規定が盛り込まれることになった。こういう記載をさせることにより、社外取締役を置かないということにプレッシャーを与えるということである。

おそらく、この記載事項についても、株懇が、ひな型を発表してくれると思うが、どのようなものが出て来るのか楽しみである。⁽³⁵⁾

なお、社外取締役の義務化に関連して、社外性役員の要件の変更がなされている。⁽³⁶⁾ 社外性に抵触するものとして、親会社関係者、兄弟会社関係者、親族等が加えられており、より厳格なっている。しかし、適用要件としては、過去10年間に緩和された。ここの点については、強化された方をとって、良しとしよう。

もっとも、取引関係相手については、規制は見送られた。⁽³⁷⁾

そして、この要綱には、付帯決議が付いている。付帯決議というと、通常は、国会での決議においてなされるものだが、法制審議会での付帯決議は異例と言えるだろう。あくまで、金融庁の管轄の下にある証券取引所に対する要望であるので、このような形にさせるを得なかったのである。⁽³⁸⁾ すなわち、証券取引所の規制で、独立役員を上場会社に義務化して欲しいという付帯決議である。⁽³⁹⁾

法制審議会は、社外取締役の義務化に強くこだわったが、経済界側に押し切られてしまった。残念ながら、社外取締役の義務化の問題は、独立役員の問題として置き換えられるのならば、独立性のある社外監査役を置くという選択を、多くの企業は行うことになるのであろうか。⁽⁴⁰⁾

2 親子会社に関する規律

もう一つ大きな改正テーマとして、いわゆる多重代表訴訟がある。具体的には、1%少数株主権（6か月保有要件）と位置づけられて、最終完全親会社要件と資産基準20%要件をクリアした場合に、最終完全親会社の損害があれば、行使可能となる。

確かに、100%子会社の取締役の責任については、親会社取締役が、その問題について自分の責任も発生するのを防止するために、表沙汰にはしないで始末するという問題は、以前から指摘されていた。この制度の創設により、その抑止的効果としてどの程度のものとなり得るかは、未知数としか言えない。

このテーマに関連して、親会社取締役の善管注意義務の内容として、明文で、子会社等企業集団の内部統制システム整備義務が規定されたことは、⁽⁴¹⁾ 直接的に、親会社取締役の責任追及も連動するものとして、価値があると評価できよう。

さらに、ここのテーマに関連するものとして、いわゆるキャッシュアウト法制がある。具体的には、特別支配株主による株式等売渡請求権を認めるというものである。⁽⁴²⁾ 確かに、濫用的 MBO を横行する中で、下級審判例も、最高裁も、その是正に努めている。⁽⁴³⁾ そういう意味では、キャッシュアウトを制度して承認するとともに、その濫用的利用にブレーキをかけるいみで、株主の差止請求権と無効の訴え制度の創設を伴うものは、野放し状態から、ブレーキ装置の新設という意味では、有意義かもしれない。しかし、無効事由について、従来の組織法上の行為の無効の訴えにおける無効事由の狭さがそのまま用いられるのでは、意義が低い。広い無効事由という議論もなされているようであるが、それは解釈論に委ねられてしまうのであろうか。⁽⁴⁴⁾

V 結びに代えて

まず、監督・監査委員会制度については、一言で言えば、無節操な甘味剤が多すぎると評価できよう。利益相反責任の任務懈怠推定規定排除の新設や、監督・監査委員の調査権の限定、重要な業務執行全部の委任化、常勤委員の不要、任期の2年制は、過剰なサービスである。もっとも、それほど、法制審議会は、社外取締役の義務化にこだわりがあったということの裏返しかもしれない。

しかし、委員会設置会社の制度設計との不整合もあり、国会審議の中で、不要論が噴出して、制度化されないことを望む。

また、奇妙な事業報告記載事項については、社外取締役の義務化を求める法務省側の精一杯の抵抗であると評価できるのが、そのような記載事項があること自体が、日本の会社法が世界に通用しない会社法であることの証に思えてしょうがない。これも、国会審議において、異論が噴出して、制度化されないことを望む。

次に、多重代表訴訟制度についてはその要件の厳格さから、現実的効果につき疑問が出されているが、メニュー的なものとして存在しているということについても意義がありうると考えられるので、これについては賛成したい。もっとも、不要であると考えることにも異論はない。

最後に、会社法の問題点の是正項目については、代表訴訟提訴権の拡大、株主総会決議取消提訴権の拡大、濫用的全部取得条項付株式・株式併合・企業結合への差止請求権の創設、詐害的会社分割の責任規定の新設、株主名簿閲覧拒否事由の削除と、ある程度必要な内容が出そろったと考えられる。

しかし、濫用的全部取得条項付株式については、実務的に定着しているという理由から、抜本改正が見送られている。濫用的実務が定着しているのであり、それを理由に抜本改正を見送る姿勢は、到底理解できない。

今後の国会での議論の推移を見守りたいと思っていたが、国会情勢から今秋以降に上程は見送りとなった。

(以上)

- (1) 河本一郎・「新会社法雑感 会社法の体系書をどう書くか」(『(企業会計特別保存版)新「会社法」詳解』[2005年、中央経済社]) 83頁。
- (2) 相澤哲・『立法担当者による新・会社法の解説』(別冊商事法務295号) 1頁。
- (3) 同2頁。
- (4) 噂では、商法改正の部分は、会社法部会の範囲外として、事実上、法務省担当者のみによる改正作業が行われたと言われているが、その真偽は定かではない。
- (5) 相澤・前掲注(2) 4頁。準用規定を排して、類推適用を生み出すことは本末転倒である。
- (6) 最判平成2年4月17日金判867号14頁。
- (7) 新株予約権原簿の閲覧拒否事由も同様である(会社法252条3項3号)。もっとも、社債原簿の閲覧拒否事由では、ちゃんとコピペされていないが(会社法684条3項各号)、なぜ、社債原簿と同じように考えられなかったのであろうか。
- (8) 東京高決平成20年6月12日金判1295号12頁。ここでは、詳細は論じない。詳細については、この

決定を参照して欲しい。本当に素晴らしい決定である。この程度のことは、立法担当者自らが考えなければならないことであつたはずである。立法の過誤と言えよう。

- (9) この点に関する会社法改正要綱の内容については、後に検討することとする。
- (10) このような問題点が生じた背景には、立法担当者は、元々は募集設立手続は会社法では採用しないという方針を立てていたのに対して、急遽、募集設立手続を付加的に置くことになったという事情があるようであるが、そのことは、不具合の理由にはならない。
- (11) なお、会社法95条には、会社法33条9項との関係を整理した条文が置かれてはいるが、裁判所の関与と創立総会との権限の関係は不明である。
- (12) 残された無過失責任規定は、会社法52条2項柱書かつこ書、会社法120条4項第2かつこ書、会社法428条2項かつこ書、会社法462条1項の株主の責任である。
- (13) 例えば、東京地判平成22年5月27日金判1425号26頁等、多数。
- (14) 例えば、福岡地判平成23年2月17日金判1364号31頁。
- (15) 最判平成20年6月10日金判1302号46頁。
- (16) 最判平成24年10月12日金判1402号16頁。
- (17) 稲葉威雄・『会社法の解明』[2010年、中央経済社]。
- (18) 同58頁。
- (19) こうした様々な問題は、現代法部会の問題というより、それを下支えする担当部局構成員の能力ないし、見識の問題と考えざるを得ない。
- (20) 岩原神作・「会社法制の見直しに関する要綱の概要」(別冊商事法務372号)。以後、会社法改正要綱の内容の引用については、原則として、これによる。
- (21) 日程的経過としては、平成22年2月24日、法務大臣から法制審議会に対する諮問に基づき、会社法制部会が設置された。会社法制部会は、途中で、東日本大震災のため、約4か月中断したが、平成23年12月7日に、「会社法制の見直しに関する中間試案」を公表した。この「中間試案」は、パブリックコメントに付され、平成24年8月1日に、「会社法制の見直しに関する要綱案」を決定した。さらに、法制審議会は、平成24年9月7日、総会において、「要綱案」につき、修正を加えることなく、「要綱」として決定し、法務大臣に答申された。
- (22) 前田雅弘(等)・「『会社法制の見直しに関する要綱』の考え方と今後の実務」別冊商事法務372号79頁、江頭憲治郎＝中村直人「会社法改正の本質に迫る―中間試案の重要論点を徹底分析」会社法務A2Z通巻59号、浜辺陽一郎・「問われる企業統治と会社法改正の動向(上)(下)」会社法務A2Z通巻57号・58号。
- (23) 岩原・前掲注(20)55頁。
- (24) しかし、検討内容を見ると、抜本的改正も視野に入れていたようであり、その方がさらに潔い立法方針であつたが、抜本的改正は見送りとなっている(前注)。とにかく、削除してくれるということが本当にありがたい。コピペ立法の弊害がこれで一つ消える。
- (25) 岩原・前掲注(20)48頁。
- (26) 岩原・前掲注(20)49頁～50頁。
- (27) 岩原・前掲注(20)47頁。
- (28) 岩原・前掲注(20)40頁～41頁。
- (29) 岩原・前掲注(20)26頁～27頁。
- (30) 岩原・前掲注(20)42頁～43頁。
- (31) 相澤・前掲注(2)59頁～60頁。
- (32) 岩原・前掲注(20)8頁～21頁。
- (33) 野村修也・「巻頭インタビュー 改正論議がもたらした企業統治の“可能性”～今語る要綱決定の内幕～」会社法務A2Z通巻66号7頁。

- (34) 岩原・前掲注(20) 7頁～9頁。
- (35) 木村敢二＝矢田一穂・「社外役員にかかる実務対応〔下〕」商事法務1982号39頁。すでに記載例が提示されている。
- (36) 岩原・前掲注(20) 8頁。
- (37) 岩原・前掲注(20) 11頁。この点については、経済界からは、回避できた、と喜びが露骨に表明されている(阿部泰久・「経済界からみた企業法制整備の課題」商事法1987号100頁。)
- (38) 坂本三郎・「会社法制に関する今後の動向」商事法務1987号38頁。
- (39) 岩原・前掲注(20) 9頁～11頁。
- (40) なお、東証の定義によれば、独立役員とは、一般株主と利益相反が生じるおそれのない社外取締役又は社外監査役をいう。今回の社外要件の強化により、社外性要件は、かなり独立性要件に近づいたと言えよう。残されているのは、やはり、主要取引相手という基準である。
- (41) 岩原・前掲注(20) 12頁～13頁。
- (42) 岩原・前掲注(20) 30頁～38頁。
- (43) 東京高決平成20年9月12日金判1301号28頁、最決平成21年5月29日金判1326号35頁。
- (44) 岩原・前掲注(20) 38頁。
- (45) 岩原・前掲注(20) 40頁。